

Quelques informations d'actualité relatives à la sàrl

Bernhard Madörin, docteur en droit, Bâle*

1. Introduction

En 1993, le «groupe de réflexion» mandaté par le Conseil fédéral a lancé la révision du droit de la sàrl qui s'est ensuite poursuivi dans le cadre de l'avant-projet de 1996. La procédure en consultation à laquelle l'Union Suisse des Fiduciaires (USF) a également participé très activement a débouché sur l'avant-projet définitif de 1999 et finalement sur le projet du Conseil fédéral assorti d'un message aux Chambres fédérales. Suite à la révision du droit de la société anonyme qui a rendu la situation des petites et moyennes entreprises plus difficile, la sàrl a été choisie nettement plus fréquemment pour la fondation de nouvelles entreprises que la SA (situation inverse à celle d'avant). Ce n'est pas la popularité de la sàrl qui a provoqué ce boom

Résumé

Le présent article se propose de traiter deux sujets particuliers. D'une part, il présente la sàrl en comparaison avec les autres formes juridiques, en particulier en ce qui concerne le choix de la forme juridique d'une société. A cet effet, l'article mentionne également, outre des aspects purement juridiques, des comparaisons portant sur les taxes et les impôts. D'autre part, il présente de manière plus détaillée certains aspects tirés de la révision du droit de la sàrl en cours qui sont particulièrement importants pour les experts fiduciaires.

mais plutôt la baisse de popularité de la nouvelle SA. Mais cette nouvelle situation statistique ne change rien au besoin impérieux de réviser le droit de la sàrl.

2. L'entreprise en raison individuelle et les sociétés de personnes par rapport à la sàrl

Pour le législateur, la sàrl a été conçue en tant que SA des petites entreprises. Cette loi est, par conséquent, adaptée aux micro-sociétés et aux petites entreprises. La société en commandite ou la société en nom

collectif ainsi que l'entreprise individuelle constituent souvent le point de départ du choix de la forme juridique de la sàrl en tant que deuxième étape juridique. Alors que la comparaison entre SA et sàrl semble aller de soi, nous nous proposons de procéder tout d'abord à une comparaison entre une société de personnes et la sàrl parce que les petites et moyennes entreprises disposent très souvent de telles structures. Cette comparaison a en outre l'avantage de permettre d'aborder certains problèmes de taxation.

- La responsabilité illimitée du commandité dans la *société en commandite* ou de l'associé dans la *société en nom collectif* ainsi que du propriétaire d'une *entreprise individuelle* constitue souvent la raison pour laquelle on choisit de fonder une sàrl. Dans ce cas, le client pense à la faillite qui fera peut-être disparaître l'entreprise mais protégera des créanciers la fortune privée de l'associé de la sàrl. Cet idéal n'est toutefois pas conforme à la réalité. Dans la plupart des cas connus, le chef d'entreprise est prêt à tout pour soutenir, voire sauver son entreprise. Pratiquement, il agira par le biais d'apports privés ou par la remise de titres hypothécaires sur un immeuble privé servant de gages pour des crédits bancaires octroyés à l'entreprise. La caution privée donnée à la banque octroyant un crédit est un autre moyen d'améliorer les liquidités de l'entreprise. Il va de soi qu'avec de telles mesures, la faillite de la sàrl aura d'importantes conséquences sur la fortune privée et que la sàrl devient une « sàr », c'est-à-dire une société à responsabilité. Par conséquent, on retiendra que la sàrl constitue un avantage en ce qui concerne la responsabilité mais que cet avantage doit être relativisé dans la pratique.
- La *responsabilité légale* relative aux cotisations aux assurances sociales et à l'impôt à la source à retenir sur les salaires du personnel fait en sorte que, malgré la faillite, des créances subsistent et sont opposables aux organes chargés de la direction de l'entreprise sinistrée. Pendant un certain temps suivant la faillite, il règne un calme trompeur jusqu'à ce que les caisses de compensation annoncent leurs préten-

tions. Il se peut même que des plaintes pénales relatives à des délits pénaux spéciaux prévus par la législation sur l'AVS et la LPP viennent s'y ajouter. Là aussi, une faillite peut avoir des conséquences d'autant plus lourdes sur la fortune privée des associés que les déductions sociales sur les salaires du personnel atteignent vite des sommes considérables. Il faut pas mal d'efforts pour que la faillite d'une petite ou moyenne entreprise ne concerne uniquement la sàrl. En résumé, il n'y a pas beaucoup de différences entre les deux formes juridiques en ce qui concerne la responsabilité portant sur les cotisations sociales.

- La *double imposition économique* est souvent négligée bien qu'il soit possible, dans le cadre d'une détermination des comptes annuels fiscalement optimisée, de réduire l'imposition de la sàrl et de la personne physique pour le même substrat (bénéfice et fortune). Il reste néanmoins un impôt sur le revenu et la fortune pour la personne physique ainsi qu'un impôt sur le bénéfice et sur le capital pour la personne morale (dans ce cas, la sàrl) qui se cumulent partiellement. Finalement, on constate que dans le domaine de l'imposition, il en résulte un désavantage aux dépens de la personne morale.
- Dans le cas de la personne morale (sàrl), le *calcul de l'AVS* a pour conséquence que le salaire du chef d'entreprise est taxé à 10,1%. La partie du revenu qui dépasse le maximum déterminant pour le calcul de la rente, à savoir actuellement Fr. 75 960.–, est un impôt pur et simple en raison de l'absence de réalisation d'un avantage. A ce taux de cotisation AVS pour salariés s'oppose le taux pour indépendants de 9,5%. Ce qui semble être à première vue un avantage pour l'indépendant doit néanmoins être considéré de manière plus détaillée. La législation sur l'AVS prévoit que les cotisations versées à l'AVS ne sont pas considérées comme des frais généraux déductibles pour la fixation des cotisations. Un revenu de CHF 100 000.– avec des cotisations AVS de CHF 9500.– (ici 9,5% de CHF 100 000.–) déjà déduites fiscalement, mène ainsi au calcul de la cotisation AVS de 9,5% sur CHF 109 500.–, ce qui correspond finalement au taux AVS pour salariés de 10,1% (sur CHF 100 000.–). Le calcul exact mène à des taux identiques. La 11^e révision de l'AVS prévoit un taux égal pour les indépendants et les salariés, ce qui mènerait effectivement à une dégradation de la situation des indépendants étant donné que l'égalisation conforme au système nécessaire de la base de calcul des cotisations ne se fait pas. Par conséquent, il existe actuellement une imposition

équivalente en matière d'AVS qui évoluera à l'avenir au désavantage des sociétés de personnes.

- Le *calcul des cotisations de l'AC* a pour conséquence que le salaire du chef d'entreprise est assuré de manière supplémentaire contre le chômage alors que les indépendants ne cotisent pas à l'assurance chômage. Mais là aussi, il existe un montant maximal actuariel pour la détermination des rentes AC de CHF 106 800.–. Ce n'est que jusqu'à ce montant maximal que l'on bénéficie d'une prestation d'assurance en contrepartie de la prime versée alors que la cotisation de 1% sur les montants situés entre CHF 106 800.– et CHF 267 000.– n'est rien d'autre qu'un impôt pur et simple. Dans ce cas, il n'y a aucune prestation fournie. Par conséquent, les deux formes juridiques sont similaires en ce qui concerne l'assurance chômage. Dans la première, on paie une prime et on bénéficie d'une prestation, dans la deuxième, on ne paie pas de prime et on ne bénéficie d'aucune prestation. Etant donné que des chefs d'entreprises ne tombent en fait «jamais» au chômage, une considération sommaire devrait permettre de conclure à un léger avantage en faveur de la société de personnes sans AC obligatoire.
- Par ailleurs, le procédé de *détermination des cotisations à l'AVS* ne permet pas une facturation de services en tant qu'indépendant par des sàrl ou des SA intermédiaires à la propre sàrl ou SA. Une telle pratique n'est pas admise par les caisses de compensation et mène à une non-reconnaissance des indépendants.
- Quant à la *taxe sur la valeur ajoutée*, je la considère comme le principal problème dans le domaine fiscal. Dans le cas de la sàrl, aucun problème particulier ne se pose. La sàrl est contribuable TVA et il s'agit d'un cercle fermé. Pour les indépendants (organisés sous forme d'entreprise individuelle), ce n'est pas l'entreprise individuelle qui est contribuable TVA mais la personne physique. Cela a pour conséquence que les affaires privées telles que la location de l'appartement de vacances du propriétaire génèrent, elles aussi, des recettes soumises à la TVA. Nous n'approfondirons pas davantage ici ce sujet. En résumé, on constatera que du point de vue de la TVA, il est judicieux et légèrement avantageux de disposer d'une personne morale séparée.
- La situation *légal* est ambivalente. En résumé, on constate que la société de personnes est la solution la plus judicieuse lorsque la situation est simple mais qu'elle doit par la suite rapidement être abandonnée en faveur d'une personne morale.

Pour les professions dites libérales telles que médecins etc., les formes juridiques de la sàrl et de la SA sont encore très rares mais pas pour autant impossibles. Quant aux avocats, ils doivent travailler en tant qu'in-dépendants.

3. La responsabilité dans le cadre de la sàrl

L'actionnaire n'a qu'une seule obligation: il doit verser sa part au capital. Il n'a pas d'autre devoir. Par contre, le droit de la sàrl dispose d'une structure tout à fait différente et le sociétaire est intégré à ce qui se passe au sein de la société. Apparaissent alors des obligations de fidélité, des interdictions de faire concurrence et le droit ainsi que l'obligation de participer à la gestion de l'entreprise qui sont prévus par la loi ou qui peuvent être précisés dans les statuts.

Dans les statuts de la sàrl, il est possible de définir une obligation des sociétaires de verser des montants supplémentaires à la sàrl. L'introduction d'une telle obligation peut avoir pour objectif d'améliorer la réputation de solvabilité de la sàrl. Cette possibilité était prévue dans l'ancien droit et le reste dans le nouveau droit. Toutefois, l'obligation de verser de nouvelles parts de capital est désormais limitée au double de la valeur nominale (anciennement: illimitée). Une obligation illimitée de verser des parts de capital supplémentaires ne méritait sans doute pas l'appellation «société à responsabilité limitée». Le nouveau droit est plus clair à ce sujet. Mais il y a de fortes chances pour que cette mesure ne soit prise que dans des cas exceptionnels. D'une part, les chefs d'entreprises cherchent justement à limiter leur responsabilité et veulent éviter d'être obligés de verser des parts de capital supplémentaires. Des obligations sont éventuellement convenues par contrat mais pas sur la base du droit des sociétés ou sur une base publique mais uniquement sur une base contractuelle mutuelle. D'autre part, les tiers ne partent sans doute pas de l'hypothèse qu'il existe une obligation de verser des parts de capital supplémentaires, ce qui n'a donc un effet que très limité sur la solvabilité de l'entreprise. Ce qui favorise par contre la solvabilité de la sàrl de manière déterminante, ce sont les garanties privées fournies par les sociétaires aux banques en guise de gages pour des engagements de la société, ce qui revient à parler de la responsabilité illimitée.

L'ancien droit connaît une responsabilité indépendante de toute faute de la part des sociétaires. Cette responsabilité est limitée au montant du capital et part

de l'hypothèse que le capital n'était pas du tout ou pas entièrement disponible lors de la fondation de l'entreprise. Suite à des prescriptions de fondation plus sévères, cette responsabilité indépendante de toute faute du sociétaire disparaît donc avec raison.

4. La société anonyme et la sàrl

Le nombre considérablement accru de fondations de sàrl permet de présumer que les sàrl sont devenues plus attrayantes. Or, la vérité est que la sàrl n'a pas été modifiée alors que la SA est devenue nettement moins attrayante suite à la révision du droit de la SA. Mentionnons par exemple:

- l'augmentation du capital social minimal;
- les exigences accrues liées à la comptabilité et à la révision des comptes;
- la responsabilité accrue du conseil d'administration.

Il faut souligner que la révision du droit de la sàrl réduit à néant un important avantage financier de la sàrl en introduisant l'organe de révision obligatoire prévu par le projet de révision. Bien entendu, il existe de nombreuses excellentes raisons de procéder à cette modification. Sur la base de la procédure en consultation, l'obligation de disposer d'un organe de révision a été liée à certains critères (cf. ci-dessous). Comparons ici quelques points isolés.

4.1. Clause légale relative à l'autorisation par la société émettrice de la cession d'une part sociale

- L'obligation de procéder à la cession de parts sociales de sàrl sous forme authentique est souvent considérée comme un désavantage. On peut toutefois également le considérer comme un avantage. Une obligation formelle permet de garantir que les parts des divers sociétaires soient toujours définies de manière claire et nette. N'importe quel conseiller ayant déjà participé à la vente d'une société anonyme peut vous raconter la difficulté qui peut survenir pour établir par après un registre des actions. La disparition de l'annonce annuelle des titulaires de parts sociales à l'office du registre du commerce va dans le même sens. Il reste ainsi la nécessaire inscription des sociétaires au registre du commerce. Il n'y a pas d'anonymat des titulaires de parts sociales.
- L'autorisation par la société émettrice de la cession d'actions est un sujet complexe; mentionnons ici quelques mots-clés: nature juridique, forme, résiliation, dispositions relatives au décès d'actionnaires, mécanismes de formation des prix etc. Les contrats

de fidélisation des actionnaires intégrant des clauses soumettant la cession d'actions à l'autorisation de la société émettrice débouchent souvent sur de coûteux litiges. Dans le cas de la sàrl, la loi elle-même prévoit une telle clause d'autorisation, par la société, des cessions de parts sociales qui peut être élargie sans limitation. C'est ici que nous trouvons sans doute le principal avantage de la sàrl pour les PME fortement dépendantes de certaines personnalités distinctes. La sàrl convient ainsi tout spécialement aux partenariats à long terme. D'autre part, elle a été conçue en tant qu'organisation au sein de laquelle les sociétaires s'impliquent activement dans les affaires courantes. De nombreux éléments intégrés dans des contrats de fidélisation des actionnaires existent déjà dans la sàrl sur la base des dispositions légales.

4.2 Autres aspects

Même sous le nouveau droit, la sàrl conservera encore quelques différences déterminantes par rapport à la SA.

- La *publicité* a pour conséquence que l'on connaît les propriétaires de l'entreprise.
- Le *capital minimal libéré* se monte à CHF 50 000.– dans le cas de la SA et à CHF 40 000.– dans le cas de la sàrl si l'on se base sur l'avant-projet. De ce fait, l'une des principales raisons expliquant le choix de la sàrl en tant que forme juridique, à savoir les besoins réduits en capital social, disparaît. Il n'y a plus qu'à espérer que la variante à CHF 20 000.– de capital social minimal parviendra à s'imposer (selon le projet corrigé).
- Les nouvelles normes relatives à l'*établissement des comptes* de la sàrl ont pour conséquence que ces normes sont identiques à celles de la SA. Avec l'organe de révision obligatoire, il n'y a donc plus de différences entre la sàrl et la SA en ce qui concerne l'établissement et la révision des comptes. Les résultats de la procédure en consultation permettent d'espérer que l'exigence de l'organe de révision conservera malgré tout un caractère facultatif, ce qui serait certainement en faveur de la sàrl (selon le projet corrigé). De nombreux droits étrangers ne connaissent pas de révision générale pour les petites sociétés (8. EU RL: chiffre d'affaires de 5 mio. d'euros, 50 collaborateurs). Par conséquent, une obligation suisse de prévoir un organe de révision irait plus loin que le droit européen.
- Les nouvelles normes relatives à la *suppression de la limite supérieure de capital* de la sàrl n'auront sans doute qu'une influence très marginale. S'il est sans

doute judicieux de supprimer cette limite inutile, cette dernière n'aura sans doute eu que très rarement une influence sur la société d'autant plus qu'avec un capital nominal de cette importance, c'est sans doute la société anonyme qui sera choisie comme forme juridique.

- Les nouvelles normes relatives aux *minorités de blocage* de la sàrl appartiennent sans doute aux caractéristiques typiques de la sàrl. Des quorums qualifiés (le double des voix en capital et le double des voix par tête) mènent à un niveau de protection des minorités recherché par de nombreux contrats de fidélisation des actionnaires. Les statuts peuvent même aller plus loin et exiger l'unanimité.

5. Conclusion

Les motifs mentionnés ont pour conséquence que le chef d'entreprise choisit la forme juridique d'une personne morale et que la société de personnes ne constitue une variante plus avantageuse que dans les débuts de l'entreprise. Dans la pratique, on ne procède que très rarement à une analyse en profondeur des arguments pour et contre la SA ou la sàrl. Dans la plupart des cas, les personnes concernées savent très bien ce qu'elles veulent. Même si les dispositions modifiées susmentionnées devaient effectivement être introduites, ce fait ne devrait pas vraiment se modifier.

Les personnes qui choisissent la sàrl n'ont que peu de capital et souhaitent fonder une société avec CHF 10 000.– ou CHF 20 000.–. En règle générale, ces sociétés ne se distinguent pas par un rendement élevé et c'est pourquoi l'on recherche une solution avantageuse. Il n'y a donc pas non plus de nécessité de disposer d'un organe de révision. Ces quelques faits rendent superflues de plus amples réflexions relatives au choix de la forme juridique d'une société.

Les personnes qui choisissent la SA disposent de moyens plus importants et cherchent la solution sous la forme d'une société anonyme de capitaux. En règle générale, ces personnes veulent éviter ainsi la réputation «avantageuse» de la sàrl. Une considération largement répandue qui a certainement un fond de vérité. ■

* Dr. iur. Bernhard Madörin, président de la section Bâle-Suisse du Nord-Ouest de l'Union Suisse des Fiduciaires USF, Bâle